

Processo C-419/19**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

29 de maio de 2019

Órgão jurisdicional de reenvio:

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália)

Data da decisão de reenvio:

6 de março de 2019

Recorrente:

Irideos S.p.A.

Recorrida:

Poste Italiane S.p.A.

Intervenientes:

Fastweb S.p.A.

Tim S.p.A.

Objeto do processo principal

Recurso que tem por objeto a anulação das decisões pelas quais, em 22 de outubro de 2018, a Poste Italiane S.p.A. (a seguir «Poste Italiane») comunicou à IRIDEOS S.p.A. a adjudicação do lote 1 e do lote 2 do processo de concurso «Appalto ai sensi del D.lgs. 50/2016 – Procedura aperta in modalità telematica per i Servizi di Telecomunicazione in ambito metropolitano ad alta velocità in fibra ottica in tecnologia DWDM (MAN)» [Contrato público na aceção do Decreto Legislativo n.º 50/2016 – Procedimento aberto, na modalidade de contratação eletrónica, para Serviços de Telecomunicações em fibra ótica de alta velocidade com tecnologia DWDM (MAN) para áreas metropolitanas], respetivamente, às sociedades Fastweb S.p.A. e Tim S.p.A., bem como a condenação da Poste Italiane no pagamento de uma indemnização à recorrente pelos danos que esta afirma ter

sofrido. Recurso subordinado interposto pela Tim S.p.A. que tem por objeto, entre outros, a condenação da Poste Italiane à repetição do concurso.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

- 1 Compatibilidade com o direito da União (Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE) da disposição nacional prevista no artigo 3.º, n.º 1, alínea e), do Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016 [Codice dei contratti pubblici (Código dos Contratos Públicos); a seguir «Decreto Legislativo n.º 50/2016, ou «Código» ou «Código dos Contratos Públicos»], se se entender que esta disposição, de acordo com a interpretação dada pela Corte di cassazione (Supremo Tribunal de Cassação, Itália) (Acórdão n.º 4899/2018, vinculativo no direito interno para as questões de competência jurisdicional), estabelece uma exceção para as empresas que operam nos setores especiais, que figuram na parte II do Código, aos princípios gerais enunciados no artigo 1.º e no artigo 3.º, n.º 1, alínea a), do referido Código, no que se refere à obrigatoriedade de concurso público, quando o contrato a celebrar não diga respeito às atividades próprias dos setores especiais.
- 2 No presente processo, o órgão jurisdicional de reenvio também deve enfrentar uma dupla problemática: a primeira diz respeito ao caráter vinculativo das decisões do Pleno da Corte di cassazione (Supremo Tribunal de Cassação, Itália), em matéria de competência jurisdicional, no direito processual italiano; a segunda concerne à possível evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça, tendo em conta a transformação progressiva de alguns sujeitos jurídicos, instituídos como organismos de direito público, como verdadeiras empresas que prosseguem fins lucrativos e assumem os prejuízos, e cuja atividade é principalmente desenvolvida em regime de concorrência (v. considerando 21 e artigo 16.º da Diretiva 2014/23/UE).
- 3 Quanto à primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio considera que a Corte di cassazione (Supremo Tribunal de Cassação, Itália) é chamada a determinar, de forma definitiva e vinculativa para a decisão de mérito, a competência jurisdicional do tribunal onde foi intentada a ação dentro do sistema processual italiano; no entanto, o Tribunal de Justiça afirmou o princípio geral segundo o qual o direito da União impede que um órgão jurisdicional nacional esteja vinculado por uma norma processual nacional, de acordo com a qual deve seguir as apreciações feitas por um órgão jurisdicional superior, quando se afigure que as apreciações deste último não são conformes com o direito da União, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça (v. Acórdão de 20 de outubro de 2011, processo C-396/09, Interdil srl em liquidação).
- 4 Verifica-se, por isso, a faculdade (ou a obrigação para os órgãos jurisdicionais de última instância) de recorrer ao Tribunal de Justiça sempre que exista uma «dúvida razoável» sobre a correta aplicação do direito da União, independentemente de qualquer decisão em sentido contrário da Corte di

cassazione (Supremo Tribunal de Cassação, Itália) em matéria de competência jurisdicional, ou do Pleno do Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália), vinculativa para as secções do referido Consiglio di Stato (v. também Acórdãos do Tribunal de Justiça, de 5 de abril de 2016, processo C-689/13, Puligienica e de 6 de outubro 1982, processo 283/81, Cilfit).

Questões prejudiciais

1) Deve a sociedade Poste Italiane s.p.a., com base nas características acima indicadas, ser qualificada de «organismo de direito público», na aceção do artigo 3.º, n.º 1, alínea d), do Decreto Legislativo n.º 50 de 2016 e das Diretivas de referência (2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE)?

2) Deve esta sociedade lançar concursos públicos apenas para a adjudicação dos contratos diretamente relacionados com a atividade específica dos setores especiais em conformidade com a Diretiva 2014/25/UE, nos termos da qual a própria natureza de organismos de direito público deve considerar-se incluída nas normas da parte II do Código dos Contratos Públicos, com plena autonomia negocial – e regras exclusivamente privadas – para a atividade contratual não estritamente relacionada com esses setores, tendo em conta os princípios estabelecidos no, considerando 21 e no artigo 16.º da Diretiva 2014/23 [(Acórdãos do Pleno da Corte di cassazione (Supremo Tribunal de Cassação, Itália) n.º 4899 de 2018 já referido e, para a última parte, Pleno do Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália)-, n.º 16 de 2011, já referido]?

[3] Deve a referida sociedade, nos contratos considerados alheios à matéria específica dos setores especiais, continuar – nos casos em que preencham os requisitos de organismos de direito público – sujeita à Diretiva geral 2014/24/UE (e, portanto, às regras de concurso público), mesmo quando leva a cabo – devido à sua evolução desde a sua criação – atividades predominantemente de tipo empresarial e em regime de concorrência, como resulta do referido Acórdão do Tribunal de Justiça, C-393/06, de 10 de abril de 2008, – Ing. Aigner, opondo-se a uma leitura diferente da Diretiva 2014/24/UE, para os contratos celebrados pelas autoridades adjudicantes? Deve, por outro lado, entender-se que o «considerando» 21 e o artigo 16.º da referida diretiva 2014/23/UE estabelecem apenas uma presunção para excluir a natureza de organismo de direito público para as empresas que operam em condições normais de mercado, sendo em qualquer caso claro, com base nas duas disposições conjugadas, a referência prioritária à fase de constituição da entidade quando esta última se destine a satisfazer «*necessidades de interesse geral*» (no caso em apreço existentes e ainda não extintas)?

[4] Em qualquer caso, quando existam estabelecimentos em que são desenvolvidas, simultaneamente, atividades inerentes ao setor especial e atividades alheias a este último, deve o conceito de *instrumentalidade* – em relação ao serviço de interesse público específico – ser entendido de forma não restritiva [como anteriormente considerado pela jurisprudência nacional, em

conformidade com o referido Acórdão n.º 16 de 2011 do Pleno do Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália)], a que se opõem os princípios que resultam do «*considerando*» 16, bem como dos artigos 6.º e 13.º da Diretiva 2014/25/UE, que remetem – no que respeita à identificação do regime aplicável – para o conceito de «*objeto principal do contrato*» para determinar se a atividade a que se destina principalmente constitui uma das atividades reguladas no Código dos Contratos Públicos? Podem, assim, constituir o «*objeto principal do contrato*» no setor especial de referência – ainda que com formas de vinculação atenuadas, próprias dos setores excluídos – todas as atividades funcionais do referido setor, de acordo com as intenções da entidade adjudicante (incluindo, portanto, os contratos de manutenção, ordinária ou extraordinária, de limpeza, de reparações, bem como o serviço de portaria e vigilância dos referidos estabelecimentos, ou outras formas de utilização destes últimos, se considerados como serviços para a clientela), ficando apenas efetivamente privatizadas as atividades «*alheias*», que o sujeito público ou privado pode exercer livremente em domínios muito diferentes, reguladas exclusivamente pelo *codice civile* (Código Civil, Itália) e sujeitas à jurisdição dos tribunais comuns (por exemplo, deste último tipo, certamente e no que aqui interessa, o serviço bancário prestado pela Poste Italiane, mas já não se pode afirmar o mesmo no que respeita ao fornecimento e à utilização dos equipamentos de comunicação eletrónica, se utilizados para servir a totalidade das atividades do grupo, embora seja particularmente necessário para a atividade bancária)? Porém, cabe salientar o «*desequilíbrio*», que se deduz da interpretação restritiva que prevalece atualmente, através da introdução de regras completamente diferentes na gestão de setores comparáveis ou próximos para a adjudicação de obras ou de serviços: por um lado, as garantias minuciosas impostas pelo Código dos Contratos Públicos para a identificação do outro contratante e, por outro, a plena autonomia negocial do empresário, que tem liberdade para celebrar contratos exclusivamente em função dos seus interesses económicos, sem observar nenhuma das garantias de transparência, exigidas para os setores especiais e para os setores excluídos?

[5] Por último, pode a abertura – atendendo às formas de publicidade previstas tanto a nível nacional como [da União] – de um processo de concurso público ao abrigo do Código dos Contratos Públicos ser pertinente para efeitos da identificação do objeto principal do contrato, ou da sua conexão com o setor especial de referência, em conformidade com o conceito amplo de «*instrumentalidade*», referido na [quarta] questão? A título subsidiário, a exceção de incompetência do órgão jurisdicional administrativo, suscitada pelo mesmo sujeito que lançou esse concurso público ou por sujeitos que participaram e acabaram por ser adjudicatários do referido concurso, pode ser considerada abuso de direito na aceção artigo 54.º da [Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia] como comportamento que, embora não podendo incidir, por si só, na repartição da competência [v. também, a este respeito, Acórdão n.º 16, de 2011, do Pleno do Consiglio di Stato (Conselho do Conselho, em formação jurisdicional, Itália com base nas características acima indicadas), já referido], é relevante pelo menos para efeitos indemnizatórios e das despesas processuais, na

medida em que pode prejudicar as expectativas legítimas dos participantes nesse concurso, caso não sejam adjudicatários e demandantes em processo judicial?

Disposições de direito da União invocadas

Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão, em particular: considerando 21, artigo 16.º

Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, em particular: considerando 16, artigos 7.º e 8.º

Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE, em particular: considerando 16, artigo 5.º, n.º 5; artigo 6.º, n.º 2, e artigo 13.º, n.º 1 alínea b)

Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais

Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços

2008/383/CE: Decisão da Comissão, de 30 de abril de 2008, que isenta os serviços de correio rápido e expresso em Itália da aplicação da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais

Disposições de direito nacional invocadas

Lei n.º 124, de 4 de agosto de 2017 – Lei anual sobre o mercado e a concorrência

Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016 – Transposição das Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE relativa à adjudicação de contratos de concessão, relativa aos contratos públicos e relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, bem como reordenação da legislação vigente em matéria de contratos públicos de empreitadas, serviços e fornecimentos, em particular: artigo 1.º, artigo 3.º, n.º 1, alíneas a), c), d) e e); artigos 4.º, 8.º; 10.º; artigo 14.º, n.º 2; artigos 15.º, 115.º a 121.º, designadamente artigo 120.º

Decreto Legislativo n.º 163, de 12 de abril de 2006 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Código dos contratos públicos de empreitadas, serviços e fornecimentos e que transpõe as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE), em particular: artigo 3.º, n.ºs 26 e 29; artigo 27.º e anexo VI F

Decreto Legislativo n.º 261, de 22 de julho de 1999 – Transposição da Diretiva 97/67/CE, relativa às regras comuns para o desenvolvimento do mercado interno dos serviços postais comunitários e a melhoria da qualidade de serviço (artigo 1.º, artigo 23.º, n.º 2, artigo 3.º, n.º 12)

Decreto Legislativo n.º 58, de 31 de março de 2011 – Transposição da Diretiva 2008/6/CE que altera a Diretiva 97/67/CE no respeitante à plena realização do mercado interno dos serviços postais da Comissão (artigo 1.º)

Decreto-Lei n.º 487, de 1 de dezembro de 1993 – Transformação da Administração dos Correios e das Telecomunicações em entidade pública económica e reorganização do Ministério (artigo 4.º)

Corte di cassazione (Supremo Tribunal de Cassação, Itália): Despacho n.º 4899, de 1 de março de 2018

Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália): Acórdão n.º 16, de 1 de agosto de 2011; Acórdãos n.ºs 13, 14, 15 e 16 de 2016.

Exposição sumária dos factos e principais argumentos das partes no processo principal

- 5 A sociedade Irideos impugnou judicialmente os atos do concurso, lançado pela Poste Italiane – «*nos termos do Decreto Legislativo n.º 50/2016*» – para Serviços de Telecomunicações de fibra ótica de alta velocidade com tecnologia DWDM (MAN) para áreas metropolitanas». Esses serviços tinham por objeto a criação de uma rede informática para a transmissão segura e rápida de dados entre os vários serviços da entidade [adjudicante], mediante a utilização de uma tecnologia de telecomunicações específica – Dense Wavelength Division Multiplexing (DWDM) – que permite a transmissão, na mesma fibra ótica, de vários sinais em diferentes comprimentos de onda, de forma independente, com a possibilidade de aumentar a quantidade de banda disponível no referido canal de fibra ótica e a consequente possibilidade de aumentar a quantidade de dados transmitidos, bem como o fornecimento dos equipamentos DWDM, necessários para a execução dos serviços referidos. Aos elementos acima referidos correspondem dois lotes de igual valor, no montante total de 10 220 000,00 euros.
- 6 A recorrente contestou, em especial, os critérios de avaliação da proposta técnica, que assentavam numa fórmula que ao ser aplicada implica a atribuição da pontuação máxima a quem propusesse concluir o projeto em menos de 45 dias, anulando, de facto, o critério de seleção baseado na rapidez de execução da

intervenção, de modo que todos os operadores no concurso obtiveram a pontuação máxima, apesar de a recorrente ter proposto um prazo de execução de 21 dias, contra os 44 propostos pelas sociedades intervenientes.

- 7 Nesse contexto, o concurso foi adjudicado, na prática, apenas com base na proposta económica. Assim, todo o procedimento foi, impugnado por violação de lei e de abuso de poder sob vários aspetos.
- 8 As sociedades intervenientes opõem-se à argumentação da recorrente, a Tim s.p.a., interpôs recurso subordinado, visando a repetição do concurso.
- 9 A outra interveniente, Fastweb S.p.A., suscitou igualmente a exceção de incompetência dos órgãos jurisdicionais administrativos. Os serviços em causa estavam estreitamente relacionados com os serviços postais propriamente ditos e, por isso, estavam compreendidos num âmbito alheio aos «setores especiais», referidos no artigo 120.º do Decreto Legislativo n.º 50 de 2016.
- 10 Segundo a Fastweb S.p.A., a decisão de submeter o contrato à disciplina dos contratos públicos não era, portanto, necessária: a infraestrutura de telecomunicações servia de apoio às várias atividades do Gruppo Poste, com o regime jurídico próprio das atividades às quais essa infraestrutura deve considerar-se principalmente destinada, tal como previsto no artigo 5.º, n.º 5, no artigo 6.º, n.º 2, e no considerando 16 da Diretiva 2014/25/UE: certamente não se referia prioritariamente ao serviço postal que apenas tem uma incidência de 30 % na faturação da Poste Italiane. A decisão voluntária da entidade adjudicante não é, por outro lado, suficiente para determinar a competência do órgão jurisdicional administrativo, uma vez que a jurisprudência confirmou várias vezes a competência dos órgãos jurisdicionais comuns para os litígios não especificamente abrangidos pelo setor especial e que a Poste Italiane não pode ser definida como um organismo de direito público, uma vez que opera em condições normais de mercado, prossegue fins lucrativos e assume os prejuízos.
- 11 Posteriormente, em 19 de fevereiro de 2019, a Tim S.p.A. também suscitou a exceção da incompetência do órgão jurisdicional administrativo, alegando que apenas os procedimentos contratuais relativos, em sentido estrito, aos serviços postais, devem considerar-se sujeitos à disciplina dos concursos públicos.
- 12 A exceção da incompetência é confirmada pelo artigo 10.º do Decreto Legislativo n.º 50 de 2016, que – em conformidade com o artigo 7.º da Diretiva 2014/24/UE – exclui do âmbito de aplicação do Código os Contratos Públicos os concursos de uma «*autoridade adjudicante que preste serviços postais*», no que se refere aos «*serviços de valor acrescentado*» «*associados à via eletrónica e inteiramente efetuados por essa via, incluindo a transmissão protegida de documentos codificados por via eletrónica, os serviços de gestão de endereços e o envio de correio eletrónico registado*».
- 13 Também o artigo 15.º do Decreto Legislativo n.º 50, em conformidade com o artigo 8.º da Diretiva 2014/24/UE, exclui a aplicação do Código dos Contratos

Públicos aos contratos *«cujo objetivo principal seja permitir às autoridades adjudicantes a disponibilização ou exploração de redes públicas de comunicações ou a prestação ao público de um ou mais serviços de comunicações eletrónicas».*

- 14 Por sua vez, o artigo 8.º do Código dos Contratos Públicos – em conformidade com o artigo 13.º da Diretiva 2014/25/UE – exclui do seu âmbito de aplicação o desenvolvimento da atividade de serviços postais *«se a atividade [estiver] diretamente exposta à concorrência».*
- 15 Além disso, à luz desta evolução, o gestor do serviço postal já não pode ser definido como «organismo de direito público», na ausência do requisito teleológico da *«satisfação de necessidades de interesse geral, sem caráter industrial ou comercial».*
- 16 Mesmo que essa natureza jurídica devesse ser reconhecida, a obrigação de aplicar os procedimentos de concurso público estaria, de qualquer modo, excluída pelos já referidos artigos 8.º, 10.º, alínea b), e 15.º do Decreto Legislativo n.º 50 de 2016; por último, mesmo para os organismos de direito público, tais procedimentos só são exigidos para os fornecimentos e serviços, que digam estritamente respeito aos setores especiais [Acórdão n.º 4899 de 2018 do Pleno da Corte suprema di Cassazione (Supremo Tribunal de Cassação)].
- 17 A Tim S.p.A. requereu, ainda, que – no caso de o órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se ter dúvidas quanto às teses interpretativas acima resumidas – este submeta a questão ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 267.º TFUE.
- 18 A Poste Italiane, no seu último articulado, apresentado em 18 de fevereiro de 2019, reiterou a legitimidade do critério e a exatidão da fórmula matemática utilizada. Por outro lado, nenhum dos argumentos da entidade [adjudicante] estava relacionado com a questão prejudicial da competência suscitada apenas, pela sociedade interveniente e, nessa base, o processo foi concluso para decisão.

Exposição sumária da fundamentação do reenvio prejudicial

- 19 Sobre a questão da competência, suscitada na perspetiva de que a Poste Italiane não se encontra sujeita, em geral, ao Código dos Contratos Públicos - para contratos que não se esgotam no serviço postal em sentido estrito – já colocaram dúvidas ao Tribunal de Justiça da União Europeia, mediante o Despacho n.º 7778, de 12 de julho de 2018 (processo C-521/18), relativas à conformidade com o direito da União, com base nas diretivas vigentes e sentenças anteriores do referido Tribunal.
- 20 Na situação em análise, todavia, estão em discussão problemas mais amplos, de que se deve encarregar o próprio órgão jurisdicional de reenvio e que justificam, por conseguinte, um novo pedido de decisão prejudicial, que apenas se sobrepõe parcialmente ao já referido.

- 21 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a questão da competência suscitada exige que se determine o seguinte:
- I) natureza jurídica da Poste Italiane, tendo em conta a evolução do setor dos serviços postais, que operam num regime de concorrência cada vez mais amplo;
 - II) definição do conceito de «*instrumentalidade*», com base no qual é delimitado o âmbito de aplicação dos artigos 114.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos, para circunscrever o próprio âmbito de competência do órgão jurisdicional administrativo (pelo menos para as empresas que, de acordo com a orientação dominante, não são organismos de direito público);
 - III) avaliação das expectativas legítimas dos participantes num concurso, lançado por decisão da entidade adjudicante, não estando a tal obrigada, para os setores considerados alheios às regras dos concursos públicos, ou para aqueles apenas parcialmente excluídos da aplicação do Código dos Contratos Públicos, mas não dos respetivos princípios.
- 22 No que respeita à natureza de organismo de direito público, o seu reconhecimento assenta, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, alínea c), do Decreto Legislativo n.º 50/2016, nos seguintes critérios:
- 1) constituição para satisfação de necessidades de interesse geral, sem caráter industrial ou comercial;
 - 2) titularidade de personalidade jurídica (sem distinção entre natureza pública ou privada da mesma);
 - 3) atividade financiada majoritariamente pelo Estado, pelos entes públicos territoriais ou por outros organismos de direito público, ou cuja gestão esteja sujeita ao controlo destes últimos, ou cujo órgão de administração, de direção ou de supervisão seja constituído por membros, dos quais mais de metade é designada pelo Estado, pelos entes públicos territoriais ou por outros organismos de direito público.
- 23 No que diz respeito às «entidades adjudicantes», podem ser as «autoridades adjudicantes», como acima especificado, ou as empresas públicas que desenvolvam uma das atividades referidas nos artigos 115.º a 121.º do Código dos Contratos Públicos, ou seja, que – embora não integrem as referidas categorias – desenvolvem as atividades, especificadas nessas mesmas normas *supra* citadas, «por força de direitos especiais ou exclusivos, conferidos pela autoridade competente». Integram essas atividades, nos termos do artigo 120.º do referido código, os serviços postais.
- 24 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a qualificação da Poste Italiane como um organismo de direito público revela-se dificilmente refutável. Essa sociedade, na verdade, substituiu a anterior administração central, criada após a unificação da Itália, com o objetivo de tornar o serviço mais eficiente. Atualmente, embora

opere também no domínio financeiro, dos seguros e das comunicações móveis em regime de concorrência, a Poste Italiane S.p.A. é ainda concessionária do serviço postal universal, o que implica a prestação obrigatória, com correlativos pagamentos estatais para cobertura parcial dos encargos, de serviços essenciais de distribuição de cartas e de encomendas, a um preço controlado, em todos os municípios italianos, como revela o pré-anúncio de uma ação de incumprimento por parte da Comissão Europeia, perante a decisão de não recapitalizar mais os correios em 4.000 municípios, enquanto serviço considerado não lucrativo. Deve considerar-se necessariamente, por conseguinte, que a sociedade em causa, dotada de personalidade jurídica, foi constituída para satisfazer interesses gerais sem carácter industrial ou comercial, diretamente reconduzíveis à liberdade da correspondência e de qualquer outra forma de comunicação [requisitos subponto 1) e 2) dos organismos de direito público].

- 25 Quanto ao requisito constante do subponto 3), recorda-se que a Poste Italiane é detida maioritariamente pelo Ministero dell'Economia (Ministério da Economia), que nomeia o conselho de administração – e está sujeita ao controlo e à supervisão do Ministero dello Sviluppo Economico (Ministério do Desenvolvimento Económico) e da Corte dei Conti (Tribunal de Contas); o Collegio dei revisori (órgão de fiscalização) é composto por três membros efetivos e três suplentes integralmente designados pela referida administração. A AGCOM [Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, a autoridade italiana reguladora da concorrência e do mercado] é igualmente responsável pela adoção de medidas de regulação em matéria de qualidade e características do serviço universal, regulado por um contrato – programa em que a contraparte do gestor postal é o Ministero dello Sviluppo Economico (Ministério do Desenvolvimento Económico).
- 26 O elemento estruturante do organismo de direito público é precisamente o da relevância dos interesses gerais prosseguidos, em relação aos quais – mesmo que a gestão fosse lucrativa – não pode ir contra uma função administrativa de controlo da prossecução de objetivos de qualidade do serviço. De fato, é próprio da administração a satisfação concreta dos interesses da coletividade, que o Estado considera correspondentes a serviços a prestar aos cidadãos e que, portanto, mesmo se atribuídos a sujeitos externos ao verdadeiro e próprio aparelho administrativo, devem, de qualquer forma, cumprir os critérios de imparcialidade, bom desempenho e transparência.
- 27 Existem, portanto, no plano subjetivo, elementos suficientes para qualificar a sociedade Poste Italiane como órgão de direito público, no sentido do artigo 3.º, n.º 1, alínea d) do Decreto Legislativo no 50/2016, opinião também partilhada pela jurisprudência do Consiglio di Stato (Conselho de Estado em formação jurisdicional, Itália).
- 28 No entanto, do recente Despacho n.º 4899, do Pleno da Corte di Cassazione (Supremo Tribunal de Cassação), proferido em 1 de março de 2018 e citado no presente processo pelas sociedades intervenientes para sustentar a exceção da

incompetência resulta uma orientação diferente. Nesse despacho, enunciam-se os seguintes princípios:

a) a sociedade Poste Italiane, embora responsável pela prestação do «serviço postal universal», também desenvolve atualmente atividades de natureza financeira ou, em qualquer caso, não relacionadas com o serviço de entrega de correspondência, que é agora prestado em regime de concorrência;

b) a Diretiva 18/2004/CE «excluiu expressamente» a Poste Italiane da lista dos organismos de direito público. A Poste Italiane é agora configurada como entidade adjudicante, na aceção do artigo 3.º, n.º 29, e do Anexo VI F do Decreto Legislativo n.º 163 de 2006, por falta do «requisito teleológico de satisfação necessidades de interesse geral, sem carácter industrial e comercial, o que implica que o sujeito tenha como finalidade apenas satisfazer tais necessidades, e não permite o exercício de outras atividades por parte desse mesmo sujeito»;

d) «a eventual qualificação da Poste Italiane como organismo de direito público» seria, de qualquer forma, «irrelevante», na medida em que a questão da sujeição às regras de concurso público deve ser resolvida de acordo com as disposições que regulam os setores especiais, com base na qualificação da Poste Italiane como entidade adjudicante.

29 Os argumentos da Corte di cassazione (Supremo Tribunal de Cassação, Itália), em particular os referidos nas alíneas b) e d), parecem estar em contradição com o Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de abril de 2008, C-393/06, Ing. Aigner, que chega à conclusão oposta resumida em seguida:

I) A Diretiva 2004/17/CE (atualmente 2014/25/UE) regula os contratos celebrados nos designados «setores especiais» (relativos à gestão da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais), em que podem ser «entidades adjudicante» não apenas as «autoridades adjudicantes [titulares de poderes públicos]» [tal como definido no artigo 3.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 50/2016], mas também «empresas públicas», ou «empresas que beneficiam de direitos especiais ou exclusivos, conferidos pela autoridade competente de um Estado-Membro», na medida em que essas entidades exerçam uma das atividades compreendidas no setor em causa: as disposições da diretiva de referência devem, com efeito, ser interpretadas restritivamente e, portanto, apenas, para os contratos relativos ao setor em causa, abandonando-se a «teoria do contágio», a que se refere o Acórdão de 15 de janeiro de 1998, C-44/96, Mannesmann (v. igualmente, neste sentido, Acórdão de 16 de junho de 2005, C-462/03 e C-463/03, Strabag e Kostmann).

II) No que respeita aos organismos de direito público (definidos nas Diretivas 2014/24/UE e 2014/25/UE, como os transpõe o artigo 3.º, n.º 1, alínea d), do Decreto Legislativo n.º 50/2016), a interpretação, pelo contrário, não deve ser restritiva, mas funcional, a partir, por isso, da verificação da criação, ou não, da entidade para a satisfação de necessidades de interesse geral, «sem carácter

industrial ou comercial». A este respeito, segundo o Acórdão Ing. Aigner é indiferente que essas necessidades também sejam ou possam ser satisfeitas por empresas privadas. Importa que se trate de necessidades que, por razões ligadas ao interesse geral, o próprio Estado ou uma coletividade territorial entendam satisfazer, em geral, ou em relação às quais pretendam manter uma influência determinante [...] A este respeito, deve acrescentar-se que é indiferente que, para além dessa missão de interesse geral, a referida entidade realize igualmente outras atividades com fins lucrativos, uma vez que continua a encarregar-se de prover às necessidades de interesse geral que é especificamente obrigada a satisfazer. A parte que as atividades exercidas com fins lucrativos representa no âmbito das atividades globais da referida entidade é igualmente irrelevante para efeitos da sua qualificação como organismo de direito público».

III) A Diretiva 2004/18/CE atualmente substituída, sem alterações, pela Diretiva 2014/24/UE é aplicável aos contratos dos organismos de direito público que se encontrem fora do perímetro dos setores especiais, em que estes organismos também operam e que continuam sujeitos à legislação específica prevista para este respeito, no que se refere à atividade própria desses setores. Assim, de facto, conclui o referido Acórdão Ing. Aigner do Tribunal de Justiça: «[o]s contratos celebrados por uma entidade que tem a qualidade de organismo de direito público, na aceção das Diretivas 2004/17 e 2004/18, no contexto do exercício de atividades dessa entidade num ou mais setores referidos nos artigos 3.º a 7.º da Diretiva 2004/17, devem estar sujeitos aos procedimentos previstos nesta diretiva. Ao invés, todos os outros contratos celebrados por essa entidade no contexto do exercício de outras atividades estão sujeitos aos procedimentos previstos na Diretiva 2004/18. Cada uma dessas diretivas aplica-se, sem distinção entre as atividades que a referida entidade exerce para desempenhar a sua missão de satisfazer necessidades de interesse geral e as atividades que exerce em condições de concorrência, mesmo que haja uma contabilidade que tem em vista separar os setores de atividade dessa entidade, a fim de evitar os financiamentos cruzados entre esses setores».

- 30 Por conseguinte, a Diretiva 2004/18/CE (atualmente 2014/24/UE), relativa aos setores gerais, é aplicável a todos os organismos de direito público, mesmo quando operam nos setores especiais, quando a atividade contratual realizada tenha um objeto alheio a esses setores.
- 31 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, em nenhuma circunstância, portanto, se afastaria a competência do tribunal administrativo para os organismos de direito público, prevista para os procedimentos de concurso público, estabelecida quer para o setor geral quer para o especial.
- 32 Não pode, portanto, considerar-se «irrelevante», conforme declarado pela Corte di cassazione (Supremo Tribunal de Cassação, Itália), a qualificação jurídica da Poste Italiane como organismo de direito público.

- 33 O órgão jurisdicional de reenvio afirma também que a argumentação da Corte di cassazione (Supremo Tribunal de Cassação, Itália) a que se refere o n.º 28, alínea b), não se reflete nos textos legais: no que respeita à Diretiva 2004/18/CE (atualmente 2014/24/UE), é, de facto, verdade que compreende entre as entidades adjudicantes as autoridades adjudicantes e, entre estas últimas, os organismos de direito público, definidos nos termos referidos no artigo 3.º, n.º 1, alínea d), do Decreto Legislativo n.º 50/2016, mas tal implica apenas que as entidades adjudicantes integram precisamente também os organismos de direito público sem por isso serem efetivamente «excluídas» da lista das autoridades adjudicantes referidas no artigo 3.º, n.º 1, alínea a), que se encontram, pacificamente, sujeitas às disposições do Código dos Contratos Públicos para os setores gerais. Não constitui uma exceção, mas implica apenas um espetro subjetivo mais amplo para os setores especiais, além disso, a qualificação das entidades adjudicantes, a que se refere o artigo 3.º, n.º 29, do Decreto Legislativo n.º 163 de 2006 [atualmente artigo 3.º, n.º 1, alínea e) do Decreto Legislativo n.º 50/2016], enquanto o anexo VI do mencionado Decreto Legislativo n.º 163 apenas contém um mero elenco não taxativo das entidades a quem são atribuídas funções nos setores especiais, de modo que não adquire igualmente relevância derogatória o facto que se indique como entidade adjudicante, nesse âmbito, a sociedade Poste Italiane.
- 34 Além disso, mesmo com a Decisão da Comissão Europeia [2008/383], de 30 de abril de 2008, foi estabelecida a isenção dos contratos da Poste Italiane relativos serviços nacionais e internacionais de correio rápido e expresso, enquanto a subsequente Decisão 2010/12/UE de 5 de janeiro de 2010, excluiu a aplicação da Diretiva 2004/17/CE sobre os setores especiais para os serviços financeiros, geridos pela BancoPosta (recolha de poupanças, empréstimos em nome de bancos e de intermediários financeiros acreditados, atividades de investimento e produtos complementares de reforma, serviços de pagamento e de transferência de fundos).
- 35 Contudo, a atuação da entidade no âmbito concorrencial representa apenas um indício da falta do requisito teleológico. Para excluir completamente esse requisito deve verificar-se, de facto, também a prossecução de finalidade verdadeiramente económica, com plena assunção do risco da empresa de forma franca, com plena assunção do risco empresarial: circunstâncias estas que não se verificam para o serviço postal universal, assegurado pela Poste Italiane até 30 de abril de 2026, nos termos do artigo 23.º, n.º 2 do Decreto Legislativo n.º 261 de 1999. O mesmo diploma, no artigo 3.º, n.º 12, dispõe que o encargo para a prestação do serviço universal é financiado através de transferências a cargo do orçamento de Estado. Por conseguinte o risco empresarial é fortemente atenuado.
- 36 Tendo em conta a referida Decisão [2008/383] da Comissão, pode, por conseguinte, considerar-se delineado, também no sentido do artigo 14, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos, o âmbito dos setores em que a Poste Italiane pode operar em derrogação das regras gerais em vigor em matéria de contratos públicos: regras, com base nas quais, até agora, se considera que a teoria do contágio foi ultrapassada para as empresas públicas, mas não para os organismos de direito público, estando estes últimos obrigados – quando operam nos setores

especiais – a cumprir a legislação relativa apenas às atividades instrumentais desses setores, mas sem poder eludir a legislação dos setores gerais para todas as outras atividades, em função dos interesses relevantes para a coletividade, aos quais foram atribuídos.

- 37 Trata-se, por conseguinte, de verificar se os princípios, plasmados no Acórdão Aigner, são, ou não, suscetíveis de superação, tendo em conta a prevalência dos interesses de natureza industrial e comercial sobre aqueles, de interesse para a coletividade, que justificaram a criação originária do organismo de direito público, ou se a referência a essa constituição – formalmente presente no artigo 3.º, n.º 1, alínea d), ponto 1, do Decreto Legislativo n.º 50 de 2016 – deve ser considerada insuperável, também para empresas que operam em total regime de concorrência.
- 38 Na situação em análise, todavia, estão em discussão problemas mais amplos. Deve ser avaliada em primeiro lugar a conexão do objeto contratual em questão, não tanto para os setores atualmente definidos como «especiais» e regulados pelos artigos 114.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos (parte II, título VI, capítulo I), mas especialmente com os setores que continuam a considerar-se «excluídos [...] do âmbito de aplicação objetivo» do mesmo código (parte I, título II, artigos 4.º e seguintes), mas em que a adjudicação deve, em qualquer caso, ocorrer nos termos do artigo 4.º do Código, «em conformidade com os princípios de economia, eficácia, imparcialidade, igualdade de tratamento, transparência, proporcionalidade, publicidade, proteção do ambiente e eficiência energética».
- 39 No caso em apreço, o setor em causa é o das comunicações eletrónicas, excluído do artigo 15.º do Decreto Legislativo n.º 50 de 2016, em conformidade com os artigos 7.º e 8.º da Diretiva 2014/24/UE e, por si só, objeto da diretiva quadro para redes e serviços de comunicações eletrónicas 2002/21/CE.
- 40 A pertinência do processo de concurso em questão num setor formalmente «excluído», mas não «alheio» ao Código dos Contratos Públicos, não afeta, no entanto, a competência do órgão jurisdicional administrativo, implicando o artigo 4.º do Decreto Legislativo n.º 50/2016, um procedimento por negociação que garanta o respeito dos critérios enunciados, diante dos quais existem interesses legítimos, que integram a competência do referido órgão jurisdicional.
- 41 O órgão jurisdicional de reenvio considera que a questão prejudicial relativa ao conceito de «instrumentalidade» deve ser formulada de forma diferente – em relação às matérias específicas dos setores especiais – no sentido de uma limitação da competência dos órgãos jurisdicionais administrativos, mesmo nos casos em que se possa reconhecer a possível evolução do conceito de «organismo de direito público» para o de «empresa pública», em função de algumas especificidades dos setores «excluídos» e, concretamente o das «atividades diretamente expostas à concorrência» (artigo 8.º do Decreto Legislativo n.º 50 de 2016 *cit.*). Isto porque o atual caráter concorrencial do serviço postal – embora não sendo, por si só, decisivo para a questão da competência (como sucede no caso de todos os setores excluídos previstos nos artigos 4.º a 20.º do Código dos Contratos Públicos) –

pode, no entanto, ser pertinente para excluir a qualificação da Poste Italiane como organismo de direito público, enquanto organismo que opera, maioritariamente, em condições normais de mercado, prossegue fins lucrativos e assume os prejuízos das atividades diretamente expostas à concorrência (Diretiva 2014/23/UE, considerando 21 e artigo 16., já referidos.).

- 42 A este último respeito, o órgão jurisdicional tem dúvidas quanto ao facto de que o reconhecimento da Poste Italiane como «*empresa pública*» (nas situações em que o Tribunal de Justiça da União Europeia o considere admissível) exija – em conformidade com o estabelecido no várias vezes citado Acórdão n.º 16 de 2011 do Pleno do Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália com base nas características acima indicadas) – que se proceda a uma avaliação restritiva da pertinência do contrato na matéria, própria do setor especial de referência. No entanto, os limites desta avaliação são, de qualquer forma, relevantes para definir a disciplina jurídica específica do contrato único, incluindo quando um sujeito é qualificado como organismo de direito público e opera num dos setores especiais.
- 43 Na verdade, embora pareça aceitável a tese segundo a qual as empresas (públicas ou privadas, estas últimas se titulares de um direito especial ou exclusivo) são atraídas para o regime do Código dos Contratos Públicos «*de forma limitada para os setores especiais e não em termos gerais [...] com a consequente inaplicabilidade da denominada teoria do contágio, a que se se refere a jurisprudência Mannesmann [...]*» [Acórdão n.º 16/2011 do Pleno do Consiglio di Stato (Conselho de Estado em formação jurisdicional)], não se vislumbra no direito da União (Diretiva 2014/25/UE) uma referência precisa ao conceito de «*instrumentalidade*», se for entendido como ligação direta do serviço com a atividade especial, como limite para a aplicabilidade das disposições dos artigos 114.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos e da própria competência do órgão jurisdicional administrativo.
- 44 De um modo geral, o «*considerando*» 16 da Diretiva 2014/25/UE – que se refere especificamente aos setores especiais – reconhece a possibilidade de adjudicar contratos «*[para satisfazer as necessidades] de determinadas atividades*» e sujeitos a «*regimes jurídicos diferentes*», com aplicabilidade, em qualquer caso, ao contrato único de normas referentes ao setor [cuja atividade] constitui «*o objeto principal do contrato*», como deveria resultar dos atos do concurso, ou como deveria ser especificado pela entidade adjudicante.
- 45 O princípio é reiterado no artigo 6.º da mesma diretiva, que, em caso de falta de especificação, determina, no n.º 3, critérios precisos de prioridade, quando o objeto contratual diga respeito a matérias reguladas em mais de uma diretiva.
- 46 O conceito de «*objeto principal do contrato*» para uma determinada atividade, por decisão da entidade adjudicante, parece ser, em qualquer caso, muito mais amplo do que o que foi acolhido no Acórdão n.º 16 de 2011 do Pleno do Consiglio di Stato (Conselho de Estado em formação jurisdicional, Itália) [que admitia como

pertencente ao setor especial de referência, um serviço de vigilância, desde que tenha sido adquirido para uma rede energética explorada pela ENI (Ente Nazionale Idrocarburi S.p.A.), mas não para a vigilância dos respetivos serviços administrativos]. Por outro lado coloca-se a questão de saber se – à luz do direito da União – o contrato, para ser considerado «*alheio*» ao regime dos setores especiais, não deve antes referir-se a todas as atividades que as empresas públicas – ou os sujeitos privados titulares de um direito exclusivo – sejam efetivamente livres para as realizar, mas claramente fora dos setores em causa, de acordo com o princípio do «*caráter alheio*», de modo a subtrair a atividade contratual das regras dos concursos públicos.

- 47 Com efeito, o artigo 13.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2014/25/UE delimita o âmbito de aplicação dessa diretiva aos serviços postais, com referência expressa a «*[o]utros serviços diferentes dos serviços postais, desde que serviços sejam prestados por uma entidade que oferece igualmente serviços postais*», incluindo nestes últimos tanto os que integram «*serviço universal como os dele excluídos, nos termos da Diretiva 97/67/CE*» [artigo 13.º, já referido., n.º 2, alínea b)].
- 48 Por último, já foi sublinhado em que medida o «*considerando*» 16 da Diretiva [2014/25/UE] exige que se especifique a atividade que constitui o objeto principal do contrato – em abstrato sujeito às regras dos setores especiais, mas que, por vezes, também é destinado a regular outras atividades. Tal exige o conhecimento do regime jurídico aplicável, com as obrigações em matéria de transparência e segurança jurídica, que constituem princípios inerentes a todo o setor dos contratos públicos (incluindo os setores que o Decreto Legislativo n.º 50 de 2016 define como «*excluídos*»).
- 49 Por último, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se é conforme com o direito da União, estendida ao conceito de abuso de direito (Acórdão do Tribunal de Justiça, de 5 de julho de 2007, processo C-321/05, Kofoed), a prática – cada vez mais frequente no ordenamento jurídico nacional – de invocar a exceção da incompetência do órgão jurisdicional administrativo só depois das suas primeiras decisões, incluindo as cautelares, em concursos lançados ao abrigo do Código dos Contratos Públicos, com anúncios publicados nos Jornais Oficiais da República Italiana e da União Europeia, sem prestar qualquer esclarecimento, nessa sede, ao caráter próprio da escolha da entidade adjudicante: escolha essa cuja legitimidade e efeitos devem ser submetidos ao órgão jurisdicional comum chamado a pronunciar-se – deve presumir-se – atendendo apenas às disposições do código civile (Código Civil, Itália), não sendo aplicável, de forma alguma o Código dos Contratos Públicos (apesar de expressamente referido e, portanto, contrariamente ao que os concorrentes podiam legitimamente contar).